

熊本大学学術リポジトリ

Kumamoto University Repository System

Title	犯罪行為の侵害性について : 英米等における均衡刑論の検討
Author(s)	中村, 秀次
Citation	熊本法学, 95: 261-290
Issue date	1999-03-25
Type	Departmental Bulletin Paper
URL	http://hdl.handle.net/2298/11994
Right	

論
説

犯罪行為の侵害性について

— 英米等における均衡刑論の検討 —

中
村
秀
次

目
次

一、まえがき

二、本 論

一、方法論上の一般的考察

二、評価規準をめぐる諸見解

(一) 福祉利益選択論

(二) 生活目的・社会的役割必要性論

(三) 生活標準論

三、生活標準分析の内容

- (一) 生活標準分析の論理
 - (二) 生活標準分析の判断構造
 - (三) 生活標準分析の適用例
 - (四) 生活標準分析の補正
- 三、あとがき

一、まえがき

本論は、刑罰は犯罪の重さと釣り合うべきであるという、英米を中心として近時有力に主張されてきた、所謂均衡刑論・デザート論の考え方を、行為の侵害性判断に関して評価するものである。均衡刑論でも、犯罪の重さは、行為の侵害性と行為に現われた行為者の有責性とによって測られる。それでは、行為の侵害性を測る基準は何か。犯罪の重さを測るという課題は、英米においては、最近の量刑の構造の明確性論議の流れの中で、所謂デザート論者・均衡刑論者を中心として、反省が加えられてきた。これはあくまでも一つの方向性であり、必ずしも良し悪しの問題であるとは言えないが、社会の現実的構図の中で、自由の志向性を保障する可能性を閉ざさない方法論として、有用である。理論的にはもっと魅力的な方法も唱えられるであろうけれども、現実適合的という価値に足をとどめる必要もある。今では、論理的一貫性・体系性というものは、総体的にみると排斥的、自己弁明的、墨守的思想・態度の表明に

他ならないという現象を呈するまでに、社会生活の水準が変化したとの認識もある。

犯罪行為の重大性を判断するための規準は、近年では、英米を中心とする所謂デザート論者・均衡刑論者による量刑理論の中で展開され、実際的重要性を獲得してきた。⁽¹⁾ アメリカの幾つかの州では、従来の社会復帰刑の理念に基づく量刑指針から犯罪の重大性に基づく量刑指針の採用に移行した。フィンランドやスウェーデンにおいては、犯罪の重さに比例する量刑規準をもつ刑法典が制定されたと言われている。⁽²⁾ 英国やカナダの立法も、その流れを考慮している。⁽³⁾

併し、犯罪の重大性とは何かということは、明確であるとは言えない。何れの法域においても同様かもしれないが、これまでは、自然の文化価値観に依拠した慣例や立法例に依存する態勢が一般的であり、くみし易かったとも言えよう。単なる伝統とか、慣行とか、既存の規則とただでは納得させられない地平へと、先進地域では、踏み込んでいくのかもしれない。

ともかく、犯罪の重さについての法理論的分析は、英米においては、余り多くなかったというのが一般の見方であろう。犯罪の重さについての、所謂民衆の意識をくみあげたような社会学的調査研究及び経験科学的分析は随所に散見されるが、その種のものは、規範的観点を取り込む法理論にとって、資料的意味しかない。犯罪と刑罰との釣り合いについては、ベンサムの古典的な研究があるが、それは抑止理論に根差したものであった。⁽⁴⁾ 一九六〇年代頃まで、英米法系の量刑法の通説的見解は、犯罪予防を志向するものであった。⁽⁵⁾ 犯罪予防理論では、犯罪の重さは刑の外枠に関連するにすぎない。しかも、その枠は、言わば常識判断によって決定されていたと言えるほどであろう。その刑の枠内では、犯人の処遇可能性、危険性、潜在的犯人の抑止効果等が処断刑の決定要因とされてきた。⁽⁵⁾ 犯罪の重さには、侵害性と有責性との二つの側面があるというのは、一般に認められているところである。今日の問題は、素朴な直感

に頼るのではなく、実在的な判断構造を明示するのでなくては人の納得を得ることは難しく、所期の目的に整合するところまでなくなるのである。

ここでは、侵害性の問題に対象を限定し、英米において理論的に注目される幾つかの論稿に見られる侵害性の理論を取り上げる。⁽⁹⁾

注

- (1) A. von Hirsch, *Doing Justice* (1976) ; R. Singer, *Just Deserts* (1979) ; R. Duff, *Trials and Punishments* (1986) ; A. Ashworth, "Criminal Justice and Deserved Sentences," 1989 *Crim. L. Rev.* 340.
- (2) C. Clarkson and R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform* (1995).
- (3) J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Burns & Hart eds. 1970).
- (4) F. Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal* (1981).
- (5) N. Morris, *The Future of Imprisonment* (1974) ; N. Morris, *Madness and the Criminal Law* (1982) ; H. J. Bruns, *Das Recht der Strafzumessung* (1985).
- (6) J. Kleinig, "Crime and the Concept of Harm," 15 *American Philosophical Quarterly* 27 (1978) ; J. Feinberg, *Harm to Others* (1984) ; A. von Hirsch and N. Jareborg, "Gauging Criminal Harm : A Living-Standard Analysis," 11 *Oxford J. of Legal Studies* 1 (1991) ; A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (1991).

二、本 論

一、方法論上の一般的考察

先ず、取り扱われる対象範囲の限定はどうか。第一は、侵害の客体の性質であるが、被害者が特定される行為の侵害性に限られる。^①個人を被害者とする伝統的犯罪を対象として、その被害の決定に限られる。

第二に、標準的侵害例が想定されることである。行為の侵害性は、被害者の事情によって多様であり、特殊であろうが、それらの本来的な個別性を法理論的に取り上げるにはそれなりの手続が必要である。最初には、犯罪の標準的・類型的な侵害性を評価し、次に加重ないし減輕の理論を通して異例の場合を考慮することが、思考經濟に合致し、それなりの合理的根拠もあることであろう。

標準化的視点をとらざるを得ないということについては、他の限定原理が働くことに注意を要する。犯罪行為の重大性の法的判断では、日常的判断の特殊性にまで接近することは難しい。例えば、ある者が財物の損失によってどれほど侵害を受けるか、詳細に確定しようとする、その者の個人的事情をくま無く詮索しなくてはならないことになるが、そのようなことは法的介入の相当性の限界を越える。因に、社会復帰刑・改善刑の理論などは、刑の個別化の理念の追求に情熱を傾けたことであろうが、その非現実性の壁に阻止され、あるいは、保護の名の下に法的自由の限界を踏み越え、不自由と不公平感を醸成し、信頼を失う状況がみられた。それは、社会総体の中に理論を位置づける労力を省いたか、人間理解に錯誤があつたためであろう。近年の均衡刑論は、その反省の上に立っているが、他方で、

応報の畏というものもあるから、注意を要する。⁽⁸⁾ともかく、なお、刑法は社会的幻想領域を住処とする規則の体系であつて、人格判断のための活舞台ではない。先ずは、標準事例で犯罪重大性を判断できれば、それでよしとしなければならぬ。それから、これも一定類型性をもつた特殊事情を考慮して是正・調整することができれば、それでよしとしなければならないであらう。⁽⁹⁾

均衡刑論・デザート刑法観の分析方法は規範的なものである。中心となるのは、行為の侵害性がどうであるかという事実判断ではなく、行為の侵害性はどのように評価されるべきかという理論を構想することである。規範論が強調される理由は、その法理学的立場にある。処罰の厳しさは犯罪行為の重さに釣り合うべきであると主張されるのは、その自由観による。何故犯罪と刑罰との釣り合いが厳しく固執されるのか。それは公正さの意識にある。刑罰は、犯罪行為に対する社会の非難的対応として現象するものであるから、犯罪行為の非難可能性の程度を反映するべきであるというのである。そこには、なお往時の形而上学的倫理観念の名残と見られるものがあり、隠された絶望感の反映と自己意識の保守的反応もあるであろうが、その人間的自由の度合いの現時的刻印は、振り捨てるわけにはいかないう現実として、意味をもつ。公正な釣り合い論、均衡刑論の規範論の本質の成立基盤は、可罰価値判断が侵害行為の非難可能性判断を反映するという事実にある。ここで重要なのは、その可罰価値判断が政治指導者や選挙民等の偶有的意思や非難感情そのものに依拠させられるものであつてはならないということである。⁽¹⁰⁾民衆の評価の取り扱いには注意を要する。情報社会、消費経済社会といわれるような状況の中では、民衆の評価が規範的地位に上昇する現場が日常的に進行するように見える。その置換自体、真正そのものか、擬似的なものかの限界も浮動的である。基盤の大部分の共通性と主張の半面の真理性とを自覚すれば、何れであれ自由の理念にとつて負因とはならないであらう。

英米の経験法学的伝統の流れに、その一つの教訓を見ることができるといふ。各種の社会調査、世論調査、意識調査等を

本体とする犯罪学、刑罰学の業績には顕著なものがあり、随所で細分化し、拡散しているように見える。¹¹ その種の研究は、調査対象者に対して、多様な犯罪について簡単な記述的説明文を示した上で、予定された評価尺度の上で、各々の犯罪の重大性評価を求めるものである。その中に社会のある種のコンセンサスが見出されることは否定されない。対象者の生活様式・自己信念に従った重大性の位置付けが示される傾向は当然見出されるであろう。規範論的均衡刑論者の関心は、評価の意識化と構造化にある。経験論的犯罪調査研究の主流は、民衆の現実的犯罪評価を操作すること、法的犯罪評価の結論を引き出すものである。周知の通り、民衆の評価は、問い方によっては有意義な示唆となり得るものであるが、そのためには、幾つか注意すべきことがある。¹² 一つは、事実上の問題である。判断の誤りの可能性が常に考慮に入れられねばならないことである。通常の回答者は、評価を求められている犯罪について、合理的視点において考察したことのない人々である。その判断は、自分独自の生活意識や特有の偏った信念に基づくものである可能性がある。一般に周知された事実認識については誤りはないとしても、それを判断する基準自体の成り立ちには問題のあることがむしろ普通である。粗暴犯において、被害者の身体的危害のみが算定されるのか、その人格的要素に対する侵害や心的損傷も考慮されるのか、考慮されるとすれば、どのように考慮されるのか。その理由はどのように明示されるのか。このような法理学的分析手続は、民衆を対象とする設問においては求められない。設問の理由、回答の判断基準、結論に至る理由と道筋を明白に意識化することに法理学的考察の本来の意味があるというのが、均衡刑論の評価されるべき意味であろう。そのような反省の上に立つ法理学的分析に基づく評価と、民衆的意識調査に基づく評価との相違は、経験科学的調査によって検証される事柄である。

地域的限定性の問題はどうか。犯罪重大性評価は、地域的限定性をもったものである。世界標準的な普遍性をもったものは、一定の価値評価領域を除いて、現実的ではない。認識次元と生活次元との乖離性は、今一つの認識として

夫々にあり、歴史的に法的認識と科学的認識との溝もあるであろうが、そのような事実そのものには余り意義はなかった。ここで問題とされる行為の侵害性は、犯罪の種類によって様々であるが、社会類型学的な影響力にも依存している。その影響力は、社会文化の事実的状况と規範的状况との相違によって様々に評価される。例えば、住居侵入罪について、西欧文化では、個人生活の中心となる家庭への侵害として重視されてきた。日本文化もそれに追随した状態である。共同施設での生活が中心の文化では、主として睡眠の場としての個人の居所への侵入行為の影響力というものは大きくないであろう。規範的認識次元についても、文化的相違が認められる。西欧文化の居住関係の中では、プライバシーの重要性が侵入行為の影響力を高めるであろう。こうして、行為の侵害性評価については、社会生活の生きた状況というものが前提に据えられ、そこから犯罪の結果の検討が行われる必要がある¹³⁾。

注

- (7) Hirsch and Jareborg, *supra* n. 6, at 3-4.
- (8) L. Mackie, "Morality and the Retributive Emotions," 1 *Criminal Justice Ethics* 3 (1982); *Purman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972).
- (9) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 5.
- (10) *Id.* at 5-6.
- (11) T. Sellin & M. Wolfgang, *The Measurement of Delinquency* (1978); P. Rossi et al., "Beyond Crime Seriousness," 1985 *J. of Quantitative Criminology* 59; F. Cullen et al., "Consensus in Crime Seriousness," 23 *Criminology* 99 (1985).
- (12) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6 at 6.
- (13) *Id.* at 6-7. Also see, P. Rock, "The Sociology of Deviancy and Conceptions of Moral Order," 14 *B. J. of Criminology*

二、評価規準をめぐる諸見解

犯罪による侵害結果を評価する基本的概念は何か。行為の侵害性の重さ軽さの度合いを測定することが困難なのは、一つは、関連する利害には様々なものがあるということである。従って、侵害性を比較するについては、関連する諸利益を測定するための共通の規準、あるいは、少なくとも共通の指導的観念を必要とする。ここでは、英米において、侵害性についての実質的見地を展開している三つの考え方が検討に値する。言わば、福祉利益選択論、生活目的・社会的役割必要性論、そして生活標準論がそれである。

(一) 福祉利益選択論

先ず、福祉利益選択論と称されるものは何か。福祉利益という価値観念が展開されるが、その中心的な考え方は、むしろ選択可能性にある。それによれば、犯罪行為によつて侵害される利益の重要性は、その利益が特定の被害者の行為選択にどのように影響を及ぼすかによつて判断される。この言わば選択論によれば、最も重要な利益は福祉利益であるから、それを侵害することが最も重い侵害行為とされる。福祉利益とは何か。選択論の定義によれば、福祉利益とは、人が自分の生活様式をどのように取り決めるかを選択し、秩序づけるべき実質的能力を保つために充足される必要のある利益である。福祉利益は、人の深奥の利益の展開のために一般化された手段である。それらの利益が危害を受ける時、人は広範多様な生活上の選択決定から締め出される。身体の安全は、福祉利益である。蓋し、人は身体的能力を阻害されると、生活利益の選択目的の追求ができなくなるからである。次の段階にあるのは、生活上の安

全の利益である。これもまた福祉利益である。蓋し、生活の安全は、福祉利益にとって周辺のながら、選択目的のために必要とされる利益だからである。底辺には、その他の利益が排列される。それらは、残余の諸利益を寄せ集めたという意味で蓄積利益と称される。⁽¹⁵⁾

この排列には合理性が認められるであろうか。その根拠は説得的なものであろうか。第一に疑問とされるのは、苦痛の回避の問題である。特殊利益の追求に対して一般化された手段を提供する際に、根本的重要性をもつと考えられるものが現実的利益と判断される、というのは合理的である。何をするにも一定量の資産をもつことは基本的利益である。一般的には考えられるであろう。人は、継続的に生活していくことが必要とされるからである。但し、その一般的な推論のあてはめがうまくいかない場合が考えられる。遷延性の烈しい身体的苦痛を回避しようとする利益があげられる。⁽¹⁶⁾その種の苦痛が様々の特殊生活目標を追求するのを妨げることは疑いないが、そのことを福祉利益選択の論理で説明することは、やや迂遠な感じがするであろう。苦痛の回避は、それ自体として人の生活の質にとって基本的であるから重要事であると端的に言う方が分かり易いであろう。身体的苦痛のある生活は、社会通念として避けられるべき生活であらう。但し、そうであるということと現にそういう状況にある者の生き方の問題はまた別の事柄であらうが。

福祉利益選択の理論は、現代の侵害論として利用価値があり、個人の自由の選択の問題を根底に据えているという点で、評価される。⁽¹⁷⁾福祉利益選択論は、行為の侵害性判断の中で、刑法が個人の選択の問題を認知し、適正な範囲を画定するのを支援すると言える。人がどのような生活様式を選択しようとも、その福祉利益はその個人の選択の前提条件であり、それ自体として価値づけられるからである。福祉利益選択の考え方は、リベリズムの自律の信条に合致するように見える。⁽¹⁸⁾但し、選択自律の保障は、そこではやや形式的に捉えられすぎるくらいがある。人の選択価値

の減少は、人の最悪の事態というだけの事柄ではないであろう。重大な身体傷害を負わされたり、財産をすべて奪われたりした者が重大な害悪を被ることは本当であるが、それは単に被害者の選択の自由が制限されたためにそうであるわけではない。そのような被害を受けた者は、人間として最も基本的な生活の質の充足を阻止された状態で生きていかなければならない。端的に、個々の人間にとって、運命的事情とも言うべき侵害の重要性を考慮すればよく、福祉利益の選択の重要性を判断するまでもないことである。¹⁹⁾

福祉利益選択論の侵害重大性判断方法には、迂遠性・形式性が見られるが、その自由観には時代要請的な不十分さも感じられる。一般的に自由主義の考え方の刑法観への適用の問題であるかもしれないが、今日、自由主義の観念が従来の機能的性質と異なる場面で、意味の変容に適合しないことが反省される。自由主義的自律の観念は、歴史的に、主として国家権力の行使を制約することを眼目としてきた。刑法的に、それは法による倫理・信条の強制として警戒されてきた。国家が一定の目的観に従って市民生活に干渉するのを阻止することに関心が向けられてきたが、先進地域での現在の問題は、個人の個人に対する侵害である。その際、犯罪的侵害の規準は、行為者自身の生活様式に関するものではない。行為者自身は、どのような生活様式であれ、依然として自分の利益関係をめぐる独自の選択を行う自由を保持する。そして、行為者は他者の利益に干渉する選択行動にでた。その侵害性の重さを測定するための侵害の規準が要請される。それは、単に他者の選択能力に対するものというよりは、実在的意味において、人の有する中心的な生活利益に対するものである。しかも、そこに言われる中心的な生活利益というものは、必ずしも選択能力に還元されるとは限らない。侵害の規準が端的に明確に語られることは、それ自体価値あることであろう。侵害の潜在的被害者は多様な生活目標を有しており、その多様性が認知されるべきであるとすれば、侵害概念はそれらの利益を包み込むことができるように十分に広く規定されるべきであろう。侵害概念は規範論的に捉えられるから、保護さ

れるのは人の重要な利益として慣例的に掲げられるものに限られない。⁽²⁰⁾

福祉利益選択論が、侵害の重大性を三段階に排列することの評価はどうであろうか。資料的意味合いは示されるが、概念的明確性が問題である。⁽²¹⁾福祉利益選択論によれば、第一に、最低限の選択関心が最高の福祉利益の類型をなしている。それには先ず、選択遂行のために必要な基本的な身体、健康が属する。最低限度の経済的支持も含まれる。それ以外の利益の幾分かも包含される。併し、その選択の規準は福祉利益間の序列化に資するものではないとされている。その点は、量刑目的を志向する見地からは疑問視される。次の中間類型は、安全利益である。この類型は曖昧であつて、事実上機能するようには見えないというのが、均衡刑論の批判である。⁽²²⁾選択論は、中間類型の利益を道具的概念として取り扱うため、固有の価値が見失われる。僅かの生活利益であつても、固有の価値として取り扱うのが所謂均衡デザート論の思想である。僅かの慰安であれ固有の価値をもつのは、単にその慰安が窮乏に対する周辺の安全を提供するという事実だけにあるのではなく、端的にその慰安が個人的福利にとって重要だからである。中間類型に属する福祉利益の侵害であつても、あるものは被害者を最低生活の水準に低下させるであろうが、あるものはそうでないこともある。最低類型の利益は、蓄積利益であるが、これは雑物入れの印象を与える。均衡刑論の有力な見地によれば、そこに入れられる利益ですら、若干のものはなお人の全般的福利に関連することがあろう。

(二) 生活目的・社会的役割必要性論

侵害の規準として、第二に、生活目的・社会的役割論と称されるべきものはどうか。これは、むしろ次に述べる生活標準方式に満足できない立場から展開された面がある。その積極的明晰さによる事態の一掃的解決の効果には、期待される面もある。この考え方は、重要な価値として一定の中心的な生活目的なり社会的役割を特定し、その役割遂行ないし生活目的達成に対して干渉する度合いに応じて、侵害の程度が測られる。その尺度として個人の必要性が掲

げられる。必要性の定義と重要性は、一定の中心的な社会的役割、例えば、親、世帯主、労働者及び市民等の役割遂行にあたっての、その機能に依存すべきものとされる。²³⁾

この種の生活目的・社会的役割方式には、幾つか難点がある。第一は、正当化の問題である。何故にその特定の生活目的ないし社会的役割でなければならないのか、合理的・説得的に答えられないことである。特定された役割の一覧は社会的に自明であると主張されるであろうが、その目的観に立たない者にとつては必ずしも自明ではないであろう。その目的や役割の一覧は規範的重要性をもつというのであれば、その理由が合理的根拠によつて説明される必要がある。その目的・役割の一覧は記述的なものであるというのであれば、そのことは経験科学的証拠によつて支持される必要がある。²⁴⁾ 併し、人の生活目標の重層的多様性が特徴的な先進社会においては、そのような統一的目的・役割の証拠を提示することは、容易ではないであろう。第二に、特殊個別化の明確性の問題がある。生活目的・社会的役割は、人の中心的な目的や役割を列挙するが、中間的侵害や軽微な侵害を評価するのに必ずしも役立たないように見える。小窃盗のような侵害行為が、被害者の社会的役割にどれほど干渉するのか、明らかでない。この考え方は、人の基本的必要性を規定するにとどまり、刑法によつて保護される広範囲の利益関係を測定するという実際的要求に即応することは困難であろう。第三に、その政治信念に関して、社会的役割・生活目的方式の適正さに問題がある。犯罪の侵害性の判断は、刑罰制裁の軽重を決定する要素として取り上げられるものである。社会的役割・生活目的を固定化した中身として、国家として特に尊重に値する生活様式を保守する方向で確定されることになることとすれば、多元的社会的実態に不用意に干渉することになるであろう。先進社会における社会的役割としての親権を考えても、ある者は家庭生活を重要視するかもしれないが、別の者が別の生活目標を優先させることも同じく正当なことである。何人であれ、ここでは家庭を優先させることを強制されてはいない。犯罪的侵害の規準は、行為者の生活様式そのも

のを規制しようとするものではなく、むしろ生活様式の多様性を保障するものである。侵害の規準は、国家が市民の生活利益を保護する度合いに影響を及ぼす。多様性を尊重する社会にあつては、犯罪的侵害の規準は、人々の生活様式の独自性を可能な限り最大限に承認することが要請される。多元主義の観点からは、一定の生活目標ないし社会的役割が既定の価値をもつという仮定に立つた侵害規準は、認め難いであろう。子供の養育という生活目的と瞑想活動に奉仕する生活目的とを、既定の価値観によつて序列化したりすることは避けられるべきことであろう。⁽²⁵⁾ 明確さ・簡明さを尊重する社会的必要性にもまた価値を据える直感が働いていると言えよう。

(三) 生活標準論

第三に、英米を中心とした均衡刑論の有力な考え方は、生活標準という規準を立てている。⁽²⁶⁾ これは、日常的觀念から言つて、自然な考え方であるように見える。先進社会においては、個人の福利にとつて中心的な利益が最も重視される。生活標準という用語は、従来伝統的に経済学者の間で、経済的に豊富さを意味するものとして用いられることが多かった。これに対して、法律学者の中で、もつと広い意義でとらえ直す見解がでてきた。法律学的には、生活の質にも言及する含みがある。特にデザート・均衡刑論では、単に物質的生活財や快適さを含むのみならず、人の生活の質に影響を及ぼす非経済的機能を含むという意味において、人の実存の質に言及するものと規定される。⁽²⁷⁾

生活標準論は、単一の選択が規準ではないという点において、福祉利益選択論とは異なる。生活標準にとつて重要な利益の多くは、相当範囲の選択の機会を提供するであろうが、生活標準論の究極の関心事は、選択の範囲にあるのではなく、利益のもたらす生活の質にある。⁽²⁸⁾ 生活標準の侵害規準は、福利を含む関連類似の諸觀念と同一系列にあつて、相当な生活の程度に言及するものである。その意義は広くとらえられており、高度に人格化された実存の質におよび得るものとされる。個人の生活の質は、夫々の生活目標の中で、焦点化された特定の表現領域に依拠する。例え

ば、信仰と奉仕の精神生活に生涯を捧げようとする者にとつては、物質的安楽さや社交的快適さなどは殆ど問題とされないであろう。それをおしおよぼすと、特定人の福利を判断するためには、その生活目標及びそれを採用した理由を認識する必要があると考えられるかもしれない。規準は、併し、生活標準であつて、標準化された規範的平準が目指される。生活標準は、現実の生活の質の向上ないし目標達成を目指すものではなく、生活の一定の質を確保するための手段・条件に関わるものである。生活標準は、人が相当な生活を確保するのを助けるのが通例であると考えられる手段及び条件に係りて標準化される。標準的侵害が重要視される。所与の能力や資力は、人が多様な目標を設定し、それを達成するための支えとなるものを提供する。生活標準判断を行うには、それで足りる。それ以上に特定人の具体的な生活目標や動機を探知したり、標準人の生活目標や動機がどうあるべきか、詳細にわたつて特定することは必要とされない。そこでは、多元主義が前提されている。生活の標準からは、平穩な家庭を維持することが一定程度の重要性をもつことは、合理的である。その中でどのように家庭生活を営んでいくかは、各人の判断に委ねられ、多様性が尊重される。育児のための場としたり、研究や創作活動のための場としたり、あるいは何か秘密のことを行う場として用いることもあるが、何れの目的が好ましく、何れは好ましくないと関与することは必要なことは見なされない。家庭生活についての中心的な判断は、人が社会の中で生きるために選択する多様な事柄の中で、家庭生活が有意義な役割を演じているということに外ならない。それ以上に踏み込むことは必要とされない。このことは、個人の自律を前提とし、個人の尊厳と価値意識の独自性を絶対的に承認する多元主義思想の本旨である。このような多元主義が、英米を中心とした所謂均衡デザート論の現代的思想の中で、行為の侵害性判断にあたって特に重要視されることは、注意すべきことであろう。権力の干渉と信条の暴走に対する歴史的反省と共に、先進地域の生活様式の現状への一種の諦念とも見られる面もあるが、それを将来性として肯定することではなければ制度論は成り立たないの

であろう。その間隙において、生活の質の標準方式というものは、人々の究極的な中心目的が何であるか、また、何であるべきか等の事柄について実質的に探知して特定することなしに、行為の侵害性判断を行うことを可能にする。²⁰

生活標準には非物質的性質・能力が含まれるが、自己関係的な生活の質に関わるものに限定され、利他的な満足・不満足は考慮に入れない。

何故、生活標準が規準とされるのか。それは、犯罪行為の侵害性が日常的に関係する項目であり、人が通例的に侵害を判断する方法として適しているからである。例えば、重大な身体傷害が住居侵入よりも侵害性が高いのは、重傷を負った者の選択が狭められるからというよりも、その者の生活の全般的な質が甚しく低下するからである。これは、単純明快な根拠であろう。生活標準論は、それ以上に善悪の規準を示したりするものではない。均衡刑論・デザート論の中には、一般化された倫理規範を提供しようとする考え方もあり得るが、生活標準論は、法的規準を示すことを目的としており、犯罪行為の侵害性を測定するにあたって使用に耐える有用な規準を提供するにとどまる。何故、そのような自制が為されるのか。それは、第一に、近代国家における刑法の機能に関わる。近代国家の本来の関心は、市民が満足すべき生活を営んでいくための一般化された手段を組織化して、市民の生活追求の利益を保護することにある。国家が刑法を通して個人の生活財・利益を保護しようとするのは、人が相当な生活を営んでいくためには、これらの財や利益を必要とするからである。第二に、生活標準方式は、刑法における謙抑性の思想に適合的である。ストレス過剰の現代生活において、謙虚であることはそれ自体一個の美德であるが、刑法の運用においては、好ましい生活目的や適正な社会的役割等についての深遠な理論は、前提とされる必要がない。²¹

生活標準の規準が、多元主義の思想や人格の独自性の尊重の理念に背く可能性は低い。家庭の安全が保護されるのは、一定程度まで生活標準の確保に寄与すると考えられるからであって、世帯をもつことが本来的に価値のある社会

的役割であるからとか、子供の養育等の好ましい役割に寄与するからというのではない。生活標準は、文字通り、標準的事例に関わるものであるから、即ち、相当な生活を営むために通例必要とされる手段ないし性能に関わるものである以上、非標準的生活様式が低い関心しか受けないこともまた認容される。例えば、浮浪生活者にとって、家庭生活の価値は役立たず、利益の保護に欠けることを免れないが、その理由は、浮浪生活が家庭での子供の養育よりも価値が劣るというのではなく、むしろ近代刑法は主に標準例を取り扱うように組織されているからである。³²⁾

生活標準の考え方は、福祉利益の選択論とも、また、生活目的・社会的役割の必要性論とも区別される。生活標準方式は、侵害標準それ自体とそれを支える理由とを区別する。生活標準の規準が好まれるのは、それが適法な生活目的及び社会的役割について、多元主義を認知するからである。多元主義は侵害規準ではありえない。³³⁾それを支える根拠である。それでは、その多元主義は何を根拠とするのか。人間の存在の独自性、人間の尊厳と自由の現存在性に帰着するであろうか。そこに法の限界があるということであろうか。それは、併し、芸術や感性の普遍性・独自性とのように協調させられるのか、依然として危うい地平がある。生活標準方式の内容は、福祉利益選択論や生活目的・社会的役割の必要性論に比して、相互比較可能な事象にわたって多様性に富むと主張される。典型的標準人の生活が規準であることから、刑法の保護する諸利益の客観的比較が可能となる。生活標準方式は、事実判断と価値判断との関係をもっと明白なものにすることを可能にすると主張される。所定の犯罪類型の典型的結果についての事実判断を、それらの結果が人の生活標準をどれほど低下させるかという価値判断から区別することを可能とする。

生活標準方式は、付随的に道徳判断の余地を残しているとも言われる。生活標準の規準を適用するについては、自由、プライバシーその他の多様な価値が考慮されることが予想される。その結果、生活標準が提供するものは、単一の尺度というよりはむしろ眺望であり、それを通して、所定の犯罪行為が生活の質に対してどのような影響力を有す

るかについて、多様な倫理的・実地的判断が行われ得るであろう。生活標準方式は、文化の多様性や変異性を明白に許容することになろう。社会生活環境の差異は、犯罪行為のもたらす結果に影響を及ぼすはずである。諸文化間の規範・価値の相違も、被害者の生活の質に対する侵害結果の関わり方に影響を及ぼすはずである。⁽¹⁴⁾ この変異差は、他の規準方式においても受容されることが予期できるが、ここではその受け入れが明白に認識され、量刑に関連づけられるということであろう。一元的な静態的社会では、そのような感性は余り歓迎されないかもしれないが、異文化間の交流が夫々の民族の独自性を受け入れつつ進行し、国際的視野が重層的に干渉してくるような状況にあっては、文化的変異を明白に考慮することのできる規準は有用であろう。

注

- (14) J. Feinberg, *Harm to Others* (1984) ; A. von Hirsch, *Past or Future Crimes*, 66-74 (1986) .
- (15) J. Feinberg, *Harm to Others*, at 37 et seq.
- (16) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 8.
- (17) A. von Hirsch, "Injury and Exasperation," 84 *Mich. L. Rev.* 700 (1986)
- (18) Feinberg, *Harm to Others*, at 26-27.
- (19) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 8-9.
- (20) *Id.* at 9.
- (21) Feinberg, *Harm to Others*, at 37 et seq.
- (22) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 9-10.
- (23) D. Braybrooke, *Meeting Needs* (1987)

- (24) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 12.
- (25) *Id.* at 13.
- (26) *Id.* at 7; Amartya Sen, "The Standard of Living I, II," in *The Standard of Living* ed. by G. Hawthorn (1985).
- (27) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 10.
- (28) A. Sen, "Well-Being, Agency, and Freedom," 82 *J. of Philosophy* 169, 206-8 (1985).
- (29) A. Sen, *supra* n. 26, at 30-37; Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 10.
- (30) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 11.
- (31) *Id.* at 12.
- (32) *Id.* at 13.
- (33) *Id.* at 14.
- (34) *Id.*

三、生活標準分析の内容

(一) 生活標準分析の論理

生活標準判断は、どのように行われるべきか。また、どのような視点から行われるべきか。英米を中心とする所謂均衡刑・デザート論の有力な見解の提案する生活標準の規準は、先進西欧社会の慣例となっている実務と文化価値を前提としている。その実務・価値を所与とした上で、特定の犯罪行為の侵害性に対して適用されるべき合理化された規準として考案されている。その実務の相違と価値の文化史的変異とを考慮して参考に供する必要がある。

行為の侵害性判断には、事実判断のみならず規範的判断も含まれており、その事実と価値の混り合いは多様であることが予想される。分析によってそれらはどのように明白に分別されるのか。不法侵入の例があげられる。⁵⁵ 家庭の重要性判断には、先ず、健康と安全への関心が含まれる。身体の庇護、快適さ、休息を提供する機能がそれである。物質的慰安の利益の評価は、社会慣習及び人の生活様式に依存する。プライバシーについては、規範的判断が前面にでてくる。プライバシー判断は究極的には道德判断であり、一定の倫理的伝統に根拠がある。重要なのは、評価主体の評価の構造である。これらの判断がどのように為され、また、どのように正当化されるのか、明白に説得的に述べることが求められる。評価主体は、根底に横たわる諸価値を正当化することに努めるべきである。プライバシーの説明を行い、その中から生活標準に対するプライバシーの重要性判断を引き出さなくてはならない。その説明は、道德理論の中に根拠づけられる必要がある。非道德論も一種の隠された道德理念を有するであろうし、そうであるか否か明白に説明し、根拠理由を示すことが、本当は必要である。

併し、それは刑法的考察の範囲を越えることである。現在の有効であるためには、一定の支配的実務の慣例と、一定の倫理的伝統を前提とすればよいであろう。それらのことについて、分析の中に一定の仮定を組み込めばよい。その仮定には、判断の行使が含まれる。分析で必要なのは、その判断が明白に判読されることである。異論のある者は、端的に自らの仮定を判読される形で示すべきである。その目的は、意見の相違の解消にあるのではなく、夫々の意見の位置づけを明らかにし、条件付きの結論を許すことにある。⁵⁶ これが、均衡刑論の依拠する多元主義の方法論であり、論理であろう。生活標準の規律を特定の問題に適用する場合にも、ある行為が生活標準をどれほど低減するかの判断は、その推論過程の中で、根拠を示した上で規律を適用することが求められる。そのことは、公衆の侵害評価の集計方法のみに依存しないという、法理学的分析方法の帰結である。そこには、世界観的なこだわりがある。生活

標準の観念は、功利的刑罰理論への復帰のようにも見える。抑止刑論者も、同様に利益侵害を評価するのに生活水準の考え方をを用いることがある。均衡刑論者は、その生活標準分析が功利的であることを否定する。⁽²⁷⁾ 功利的刑罰理論は、将来指向的であり、予防的であり、総合的であるのに対し、生活標準論はそうではない。行為者は、自分の行為に対してのみ責任を負う。犯罪の重大さを決定するものは、犯人の行為によって生ぜしめられた侵害・危険である。犯人自身では制御できないようなあらゆる犯罪人の行為によって惹起される侵害の総計が対象となるのではない。生活標準分析は、明らかに過去指向の応報的判断を想定しており、将来を指向した予防的方法をとるものではない。

(二) 生活標準分析の判断構造

生活標準分析の判断構造は、どうであろうか。生活標準の判断は、四つのレベルで行われる。どのような等級化も幾分か恣意的であることは免れないが、大まかな区分の可能性は肯定される。所定の侵害行為が人の生活標準に影響を及ぼす度合いを測定するためには、四つの等級でなければならぬということではない。量的に連続する次元の問題である以上、もっと多くても少なくともよいはずである。四つの等級が選択されるのは、等級間の区別に合理的な明白さを残しつつ、可能な限り細分化の要請に応えようとするからであろう。表示されるレベルが低いほど犯罪的侵害は大きい。

第一レベルは、端的な生存それ自体である。生存しているが、人間としての基礎的機能・能力以上の意味を付与されない状態と定義される。これは、むき出しの営為を意味する。含まれるものは、人の主要な身体的・感覚的機能の維持であり、社会生活のための最低能力の維持である。ここでは、生活における満足や慰安は除かれる。プライバシーや自尊心も含まれない。人は、プライバシーのない状態でも、繰り返し恥辱を受ける状態でも、生存することができる。

第二レベルは、最少福利の充足である。慰安と尊厳の最少レベルが維持されている状態として定義される。それは、むきだしの営為以上のものを意味する。生存の外、幾分かの慰安や自尊心等の基本的な人間的満足が含まれる。即ち、厳しい自然事象からの庇護、栄養食の維持等一定レベルの物質的支持のある状態が含まれると共に、一定程度のプライバシーや個人人格の自治能力も含まれる。このレベルでの生存は、なお標準以下の生活の質にとどまる状態である。

第三レベルは、相当の福利の充足である。慰安と尊厳の相当レベルが維持された状態として定義される。相当という用語は、ここでは、満足しているという意味ではなく、標準以下ではないという、もつと限定された意味で用いられている。一方で、心地よさのために必要とされる物質的条件が含まれる。他方で、プライバシーの追加的保護及び恥辱的取り扱いの回避等が含まれる。

第四レベルは、高度の福利の充足である。生活の質の有意義な達成状態として定義される。高度のという用語は、利益そのものではなく、生活の質に対する重要性を指示するために用いられている。プライバシーや人格の尊厳について、特に微妙なものがある。すべての者は、いやがらせを受けない権利を有しないであろうか。機会的いやがらせからの自由は、相当な生活のためには必要でないとしても、人の生存を、単なる相当なレベル以上に実質的に高めるものであるということは、意味のあることであろう。⁽³⁸⁾

生活標準分析にとって、侵害され、危険にさらされる利益の種別が有意義な要素となる。ドイツや我国の法益概念の分析が、それと類比されよう。⁽³⁹⁾ 犯罪は、様々に異なる程度において、生活の様々の次元に影響を及ぼし、生活標準に様々の影響を及ぼす。生活標準分析は、それを四つに区分している。第一は、身体的完全性である。第二は、物質的支持及び快適さである。第三は、恥辱からの自由である。第四は、プライバシーの利益である。⁽⁴⁰⁾

身体的完全性には、健康、安全の保持及び身体的苦痛の回避が含まれる。身体的完全性への侵害は、その全範囲において、生活標準の等級の何れにも影響を及ぼす。生存を失わせる殺人から、金銭的不快さのみを惹起する衝突事件にまで及ぶ。物質的支持及び快適さには、多様な物質的利益が含まれる。飲食物及び最低限の庇護物等生存にとって必要とされる最も基本的なものから、相当の慰安のための生活にとって必要とされる様々の物質的快適さ、そして、様々の贅沢品にまで及んでいる。物質的利益への侵害は、第一レベルに影響を及ぼす極めて重大なものから、生活標準には全く影響しない些細なものまである。恥辱からの自由は、他者の不当な取り扱いからもたされるような自尊心の侵害を意味する用語として考案されたものである。これは生活の質に如実に影響する次元である。この利益は、身体的攻撃から口頭によるいやがらせまで、多様な犯罪行為によって影響される。プライバシー・自律次元は、自尊心を増進することと共に、人が多様な趣味を追求することに關わる。この利益は、住居への侵入、盗聴、誘拐等多様な犯罪行為によって影響を受ける。但し、この利益は文化特異性のある次元である。これは、先進的・西欧的文化圏にあっては福利に相当に影響を及ぼすが、別の文化圏では余り重要視されないように見える。⁽⁴⁾これらの利益次元の若干は、生活標準の全領域に及ぶとはみられていない。身体的完全性は、侵害の程度によって四つの生活標準すべてに關連させられているが、恥辱からの自由とプライバシーとは、生活標準の最少福利レベルより高いものに関連させられている。ここでは余り論評することもない。

被害者の生活程度は多様であるので、侵害の影響力は被害者の資力に応じて様々であろう。生活資力が貧弱であればあるほど、その侵害は荒廃的である。その影響力をも標準化する必要がある。生活標準分析は、多様な利益に影響を及ぼす侵害を測定するように考案されている。様々の生活標準の次元で様々の利益を有する者が想定され、この特殊利益への侵襲ないしその喪失がその者の生活の質にどのように影響するかが問われる。一般的に、被害者の想定さ

れた標準的狀況が考えられるが、特にその侵害行為に対して標準と異なる影響を受けるような場合には、加重及び減輕事情として考慮されることになる。⁴²⁾

生活標準判断の前提となる期間はどうのように設定されるか。生活標準判断は、人の生活の全般的な質に向けられるので、ある程度長い期間が示唆される。中間的期間として、一年かそれより幾分長い期間が考えられている。極端に長い期間をとると、侵害の影響力は過度に軽減されてしまうことであろうが、重大な侵害は勿論長期にわたる生活の質に影響していく。生活標準判断は、犯罪とその結果の現実期間に着目するものではなく、所定の時間枠の全般的観点からその経験の重要性に着目する。身体的攻撃とその直接的外傷は、一定期間で終るかもしれないが、その経験が苦痛に満ちたものであるとか、甚だ恥辱的なものであったとすれば、期間全体にわたる経験の質的評価にあたつてなお大きな作用を及ぼすものである。⁴³⁾

代替可能な侵害とそうでない侵害についても、評価が加えられる。普通の傘を盗まれたような場合、安価に新しい傘を手に入れることができて、その人の生存の質に対しては殆ど影響を生じないであろう。代替可能性の判断規準として言われるのは、一種の衡量原理である。ある犯罪が一定の損失を与え、その利益が一定の代替費用によって補填され得る場合、標準的事例において、その出費が生活標準への衝撃としての器物それ自体の損失より有意義に少ないとすれば、その侵害は代替可能である。この原理で代替性が判断される際にも、利益の種類についての考察が必要とされる。ある事象はある次元からは容易に代替可能であるかもしれないが、別の次元からはそうでないことがある。例えば、侵入盗の場合、慰安の次元からは物的損失は容易に代替されるが、プライバシーの次元では代用品の獲得によって代替されることはない。ここでも、標準例とそこからのずれが考慮される。基本的には標準例について考えられるから、代替可能性は、その代替物が通例のように獲得できるかによって判断される。次に、上下方向への逸脱

が加重・減輕事情として考慮される。⁽⁴⁾

心理的侵害は考慮されるのか、どうか。それは、余りに多くのものを包括しすぎる傾向があるとすれば、現実的有用性に乏しいであろう。それは、生活標準判断では、それ自体としては、取り上げられない。感情は、道徳心理学において、信念や態度と同様に妄妄な存在根拠を有する。犯罪被害からは、当然に多様な感情が生ずる。人の安全に対する攻撃は恐怖心を誘発する。不当な取り扱いは恥辱感等を誘発する。但し、それらの感情をむきだしに評価するのはなく、利益次元への侵襲の一部として評価するのが、生活標準分析の方法論である。⁽⁵⁾

(三) 生活標準分析の適用例

生活標準分析は、具体的にどのように適用されるのか。幾つかの典型的犯罪類型を取り上げよう。殺人の標準例は、極めて単純である。殺人行為は、被害者の生存を無に帰する。それはレベル一と評価され、その行為は最高位の侵害評価を受ける。暴行・傷害の標準例は、殴打して打撲傷を負わせる程度のものである。身体的完全性の利益次元からみると、殴打が生活機能の損失を伴わない単なる不愉快であるとすれば、レベル一ないし三にも含まれない。短期判断では、その実存の質は明らかに低下しており、レベル四に該当するであろうが、中間期判断では、考慮に値しないであろう。併し、恥辱からの自由という利益次元からすると、生活標準への侵襲は潜在的に小さくはない。どれほど品位を落されるかは、社会慣例の問題である。殴打と恥辱との結びつきは、殆どの文化圏において深い所で保持されている。殴打されることは、他人の恣意に委ねることである。これはレベル三に該当し、相当程度に自尊心を損なうに十分なほど重いものとされる。それ以上に及ぶ可能性が残されているが、単純暴行の場合は、合理的な人が相当の期間にわたってその生活の質を相当レベル以下に減少させられるものとは言えず、全般的な福利に若干の低下があったという理由で、一応レベル四と評価される。武装強盗の標準例は、武器で脅迫して所持金等を奪うというものであ

る。財産の損失は僅少であり、通例、生活標準に対して周辺的影響力しか有しない。身体侵襲の脅威は、殺害の脅威であり、レベル一に相当するが、当座の、単なる脅威ということで割り引かれる。割り引かれたレベル一と評価される。

強姦の標準例は、武器で脅迫して強姦するものである。身体の安全の利益次元は、生存への脅威が含まれているため割り引かれたレベル一とされる。恥辱からの自由の次元については、性的関係はただ同意によってのみ許されるとの西欧文化規範の強さのため、強制された性交渉は、他人の支配に従属させられる極端な形態であるとして、自尊心に対する最高度の侵襲であり、レベル二と評価され、武装強姦を越える。機会的姦淫の典型例は、男子学生が一緒に飲酒した女子学生の抗拒能力の低下に乗じて、その抗議にも拘らず性交渉を行うというものである。ここでは、身体的安全に対する脅威は除かれる。性的完全さの利益と恥辱からの自由の利益の重大な侵害によって、レベル二と評価される。

略奪的侵入の典型例は、住居侵入者が、若干の物を盗むと共に、家具・調度品等を破壊し、屋内を損傷するものである。物質的支持及び快適さの利益次元は、極端な形態では極めて重大でありうるが、居所は失われず、なお庇護された状態は残る点で、侵襲の種類は根底的ではない。失われた物の代替可能性が高く、標準人は、生活標準に対して余り大きな費用をかけずに基本的快適さを回復できるとすれば、なお相当期間生活標準の全般的低下をもたらすことで、レベル四が相当とされる。プライバシー・自律の利益次元では、相当な生活標準を希薄化させる点で、レベル三と評価される。この場合、再度の攻撃の脅威や回想的危殆感等の身体的安全の次元が残るが、レベル内の評価は為されていない。通常の侵入盗の典型例では、物質的快適さへの侵襲は最少限であり、容易に代替可能な物が失われる。居住性は影響を受けず、物質的生活標準が影響を受けることは殆どない。プライバシーに対しては有意義な侵襲があ

るが、家庭の基本的組織は実質的に乱されない。レベル四と判断される。自動車盗の典型例では、物質的快適さのみが問題となる。人の福利への標準的影響力は限定的である。⁽⁴⁶⁾

(四) 生活標準分析の補正

生活標準分析は、侵害を等級化するのに役立つが、それで十分ではない。第一に、ある犯罪は、様々の次元において、多元的に生活標準に影響を及ぼすであろう。諸次元の評価を結合して、正味の侵害性の等級に至る方法が要請される。第二に、単なる侵害の危険や脅威に対しては、減輕が必要である。加重と減輕を取り扱うためには、極めて重いのから僅少なまでの等級化する明白な侵害尺度を必要とする。単純な侵害尺度は、重大さに応じて五つに等級化される。甚大、重大、中の上、中の下、低である。次に、侵害尺度と生活標準レベルとが対応させられる。甚大はレベル一の生存と、重大はレベル二の最低福利と、中の上はレベル三の相当福利と、中の下はレベル四の高度の福利と、そして、低は生活標準には影響しないか、周辺の影響力しか有しないレベルと対応させられる。この対応図式には価値判断が含まれているが、それは十分に率直・明確である。例えば、殺人は甚大の上に、身体欠損傷害は甚大の下に配置される。⁽⁴⁷⁾

加重問題は、ある犯罪が二つ以上の利益次元に影響を及ぼす時に生ずる。先ず、最高の侵害評価を生ずる次元が、一次的侵害として特定される。次に、他の利益次元にある二次的侵害が、加重可能な特例として考慮される。加重の度合いは、二つの要因に依存する。一つは、一次的侵害と各侵害の重さの関連性の密接さの度合いである。今一つは、利益次元の重なり合いの度合いである。二次的侵害の有意義さと概念的明確さが確認されると、追加分が加重されることになる。⁽⁴⁸⁾

侵害評価は、利益の重要性に依拠するばかりでなく、それが危険にさらされる程度にも依拠する。危険が疎遠であ

ればあるはその評価は低くなる。この減軽は、二段階の手続で扱われる。第一は、完成された侵害の生活標準評価を行うことである。第二は、脅威ないし危険にとどまったことに対して適切な減軽を行うことである。⁽⁴⁹⁾

注

- (35) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 15.
- (36) *Id.* at 15 - 16.
- (37) *Id.* at 16.
- (38) *Id.* at 17 - 19.
- (39) 次の文献が引用されるが、そこには有意義な指導を提供されるものはなかったと言われている。W. Hassemer, *Theorie und Soziologie der Verbrechen* (1973).
- (40) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 19.
- (41) *Id.* at 20 - 21.
- (42) *Id.* at 21.
- (43) *Id.* at 21 - 22.
- (44) *Id.* at 22 - 23.
- (45) *Id.* at 23.
- (46) *Id.* at 24 - 28.
- (47) *Id.* at 28 - 30.
- (48) *Id.* at 31 - 32.
- (49) *Id.* at 30; P. Robinson, "A Sentencing System for the 21st Century?" 66 *Texas L. Rev.* 1 (1987).

三、あとがき

以上の生活標準分析は、単一の被害を及ぼす犯罪を対象としていた。これに対して、現実の犯罪形態は多様である。被害者の多数、行為者の多数等々⁶⁹。被害者が一群の者である場合として、妊娠女性に重大な病気を生ぜしめたり、奇形児を出産させる薬剤を製造する製薬会社の例があげられる。この場合でも、被害者個々人の生活標準が相当に低下させられる面では、生活標準分析が適用されるであろう。他方、群としての被害者を扱うには、侵害の多元性に関する原理によって補う必要がある。その補助原理は別途の考慮とされる。その群の各個人に対する侵害は軽微であるが、総体的侵害は相当なものとなる場合はどうか。製造業者が、製品価格を違法に操作して価格を二倍に引き上げる場合、消費者は侵害を受けるが、各人の生活標準の低下を招くほどではない。併し、総体としての消費者の損失は相当な額となる。そのような場合を扱うためにも、損失についての総体の理論の必要性が指摘される。

多数行為者の反復行為によつてはじめて侵害が発生するような場合はどうか。多数の者が行えば実質的な健康被害を生ずるような一定の公衆衛生関係の犯罪がその例であろうが、そこでの問題は、多数の行為者の誰に侵害を帰属させるかである。

一群の刑罰法規は、人の被害以外の利益を保護することをねらいとするように見える。動物虐待に関する犯罪及び環境犯罪などの場合、生活標準分析以外の見地の導入が必要とされよう。結局、あらゆる種類の犯罪について、侵害次元を説明できる単一の説明法はないということである。生活標準分析は、通常の犯罪被害を対象とするという、穏

和なねらいを有するにすぎない。それ以外の犯罪被害については、もつと複合的な要因が考えられる。時には、行為の侵害性は生活標準以外の規準で分析される必要があることも認められている。⁽⁵¹⁾

生活標準分析は、現実の量刑法に対して適用可能か。それは条件つきに肯定される。第一に、生活標準分析には残された課題領域があり、それらが完成される必要がある。第二に、同一視点から、行為の有責性の分析が必要とされる。第三に、均衡刑論の観点から、犯罪の重大性を算定するに適した量刑法が存在することが要求される。この点が重要である。特別予防、一般予防等を、また、諸般の事情を強調する広範な量刑裁量を本質とする法制にあっては、犯罪重大性は、本当の所、刑罰の決定にあたつて、ただ周辺のな、あるいは不確実な重要性しかもち得ないであろう。

均衡刑論者によつて提案される生活標準分析は、あるいは常識的範囲をでないものかもしれない。また、経験科学的正確さや緻密さを完全に具備するものとも言えない。そこに本意があるとも言えない。犯罪による侵害への適用は、多くの所、判断に委ねられることは免れないと言える。均衡刑論者の意図は、現実の犯罪による侵害の判断を行うための体系的な概念的枠組みを提供することにあり、その原理的方法論こそが評価される。それは、明示されない直観及び上方・下方的官僚体制的推量より優れていると認めてよいと思う。その意味で参考に値するであらう。

注

(50) Hirsch & Jareborg, *supra* n. 6, at 33.

(51) *Id.* at 34 - 35.

(52) *Id.* at 38.